

Der Sanierungszweck als Voraussetzung des Kapitalschnitts auf Null

Urteil 4A_288/2011 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Februar 2012 i.S. X-AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) gegen Z (Kläger und Beschwerdeführer)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Ralph Straessle und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Prozessgeschichte

III. Erwägungen der Gerichte

1. Erwägungen des Kantonsgerichts Basel-Landschaft

- 1.1 Zum Begriff des Sanierungszwecks eines Kapitalschnitts auf Null
- 1.2 Zur Verletzung des Bezugsrechts
- 1.3 Zur Verrechnungsliberierung mit einem Aktionärsdarlehen

2. Erwägungen des Bundesgerichts

- 2.1 Zum Sanierungszweck und Bezugsrecht bei einem Kapitalschnitt auf Null
- 2.2 Zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit eines Kapitalschnitts auf Null

IV. Bemerkungen

1. Zum Kapitalschnitt

- 1.1 Allgemeines
- 1.2 Kapitalschnitt mit oder ohne Mittelabfluss
- 1.3 Kapitalschnitt auf Null
 - 1.3.1 Vernichtung der Aktien als ultima ratio
 - 1.3.2 Sanierungszweck im Sinne von Art. 732a Abs. 1 OR
 - 1.3.3 Unentziehbares Bezugsrecht
- 1.4 Kapitalschnitt auf einen Betrag «höher als» Null

2. Zur Rechtsfolge eines fehlenden Sanierungszwecks

3. Zur Verrechnungsliberierung

- 3.1 Kein Erfordernis der Werthaltigkeit
- 3.2 Gleichbehandlung der Aktionäre

V. Fazit

I. Sachverhalt

Die im Jahr 2004 gegründete X-AG wies ein Aktienkapital von CHF 500 000.– auf, welches von Aktionär Z und zwei weiteren Aktionären zu je 10% und einem Hauptaktionär zu 70% gehalten wurde. Sämtliche Aktionäre waren Gründungsmitglieder der Gesellschaft und bildeten gleichzeitig deren Verwaltungsrat. Aktionär Z hatte zusätzlich zum Mandat als Verwaltungsrat auch die Funktion des Controllers inne und war als solcher mit der Überwachung und Umsetzung des Geschäfts der X-AG betraut.

Bereits zwei Jahre nach ihrer Gründung drohte der X-AG die Überschuldung. Die Benachrichtigung des Richters durch den Verwaltungsrat konnte dadurch vermieden werden, dass der Hauptaktionär den

Rangrücktritt für ein Darlehen in der Höhe von rund CHF 5 Mio. erklärte. Da sich die finanzielle Lage der X-AG in der Folge nicht entscheidend verbesserte, beschloss der Verwaltungsrat am 8. Januar 2008 die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit dem Traktandum der Herabsetzung des Aktienkapitals mit gleichzeitiger Wiedererhöhung.

Am 18. Februar 2008 fand die besagte ausserordentliche Generalversammlung der X-AG in Anwesenheit aller Aktionäre statt. Mit einem Mehrheitsbeschluss, d.h. gegen die Stimmen des Aktionärs Z, entschied sie sich, eine Kapitalherabsetzung auf CHF 0 mit unmittelbarer Wiedererhöhung auf CHF 500 000.– durchzuführen und Aktionär Z als Verwaltungsratsmitglied abzurufen. Als Grundlage für diesen Entscheid diente der erst am Vortag erstellte provisorische Abschluss des Geschäftsjahres 2007, aus welchem sich ein «Kapitalverlust»¹ von CHF 4 509 352.– ergab. Unmittelbar nach der Generalversammlung wurde eine Verwaltungsratsitzung abgehalten. Anlässlich dieser verabschiedete das neu zusammengesetzte Gremium den Kapitalerhöhungsbericht und fasste den Feststellungsbeschluss betreffend die Durchführung der Kapitalerhöhung und die entsprechende Anmeldung beim Handelsregisteramt. Der Kapitalerhöhungsbericht stellte fest, dass nur der Mehrheitsaktionär vom Bezugsrecht Gebrauch gemacht habe. Sämtliche neuen Aktien seien durch ihn gezeichnet worden und die Liberierung des Kapitals sei durch Verrechnung mit einer Darlehensforderung im Betrag von CHF 500 000.– erfolgt. In Verbindung mit einem späteren Forderungsverzicht des Mehrheitsaktionärs in der Höhe von CHF 3 750 000.– führte der beschlossene Kapitalschnitt² schliesslich zur bilanziellen Genesung der Gesellschaft.

¹ Das Bundesgericht und die Vorinstanzen sahen es als erstellt an, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Generalversammlung bereits überschuldet war. Obwohl sie im Zusammenhang mit dem provisorischen Abschluss von einem «Kapitalverlust» sprachen, ist damit vermutlich nicht ein Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR gemeint, sondern ein Bilanzverlust.

² Die beiden Begriffe «Harmonika» und «Kapitalschnitt» werden als Synonyme für den allgemeinen Fall einer Kapitalherabsetzung mit unmittelbarer Wiedererhöhung verwendet. Der sog. «Kapitalschnitt auf Null» bezeichnet hingegen den Sonderfall gemäss Art. 732a OR, bei welchem es zu einer Vernichtung sämtlicher Aktien kommt.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

Mit Schreiben vom 19. Februar 2008 teilte Z dem Verwaltungsratspräsidenten mit, dass er sein Bezugsrecht «vorsorglich und ohne Präjudiz» im Umfang mindestens einer Aktie ausübe. Gleichzeitig informierte er den Verwaltungsratspräsidenten, dass die Voraussetzungen zur Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister nicht gegeben seien. Das Handelsregisteramt Basel-Landschaft setzte er mittels Kopie darüber in Kenntnis.

II. Prozessgeschichte

Das Handelsregisteramt fasste das Schreiben des Z als Einsprache gegen die beschlossene Herabsetzung und Wiedererhöhung des Aktienkapitals auf und setzte ihm eine Frist von zehn Tagen an, um beim Gericht vorsorgliche Massnahmen zu beantragen. Z reichte ein entsprechendes Massnahmebegehren ein, welches abgelehnt wurde, sodass die Eintragungssperre aufgehoben wurde. In der Folge stellte Z mit Klage vom 17. April 2008 dem Bezirksgericht Arlesheim den Antrag, es sei unter anderem festzustellen, dass der Beschluss der Generalversammlung betreffend die «Harmonika» nichtig oder eventualiter kraft Anfechtung im Sinne von Art. 706 OR für ungültig zu erklären sei. Das Bezirksgericht wies die Klage vollumfänglich ab.³ Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung wurde vom Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Urteil vom 18. Januar 2011 im Kostenpunkt teilweise gutgeheissen.⁴ Im Übrigen bestätigte das Kantonsgericht aber das vorinstanzliche Urteil. Gegen das Urteil des Kantonsgerichts erhoben beide Parteien Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Aufgrund der Partei- und Sachverhaltsidentität vereinigte das Bundesgericht die beiden Verfahren und hiess in seinem Urteil vom 13. Februar 2012 die Beschwerde des Z gut.⁵

III. Erwägungen der Gerichte

1. Erwägungen des Kantonsgerichts Basel-Landschaft

Das Kantonsgericht befasst sich in seinem Urteil insbesondere mit dem Sanierungszweck eines Kapitalschnitts nach Art. 732a Abs. 1 OR [1.1], der Verletzung des Bezugsrechts nach Art. 732a Abs. 2 OR [1.2] und der Zulässigkeit einer Verrechnungsliberierung mit einem nachrangigen Aktionärsdarlehen [1.3]. Im Grundsatz stützt es den vorinstanzlichen Entscheid und beurteilt die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung als gültig.

1.1 Zum Begriff des Sanierungszwecks eines Kapitalschnitts auf Null

Das Kantonsgericht stellt in seinem Urteil einleitend fest, dass vorliegend die Kapitalerhöhung allein keine Gesundung der Gesellschaft durch Beseitigung der Überschuldung bewirkte. Es sei deshalb notwendig, dass zusätzliche Sanierungsmassnahmen ergriffen werden, die in ihrer Gesamtheit den Fortbestand der Gesellschaft ermöglichen. Da im Anschluss an die ausserordentliche Generalversammlung ein Forderungsverzicht durch den Hauptaktionär ausgesprochen wurde und dieser zusammen mit dem beschlossenen Kapitalschnitt die Überschuldung der Gesellschaft zu beseitigen vermochte, stellte der Kapitalschnitt eine zulässige und geeignete Sanierungsmassnahme dar. Das Kantonsgericht entschied deshalb, dass der vorliegende Kapitalschnitt auf Null einen Sanierungszweck i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR aufwies. Der Umstand, dass der Forderungsverzicht erst im Anschluss an die ausserordentliche Generalversammlung erfolgt ist, vermöge daran nichts zu ändern.⁶

1.2 Zur Verletzung des Bezugsrechts

Beschwerdeführer Z machte vor dem Kantonsgericht eine Verletzung seines Bezugsrechts geltend, da die Frist zu dessen Ausübung nie zu laufen begonnen habe. Als Entscheidungsgrundlage für die Ausübung habe er zwingend Informationen zur geplanten Sanierung benötigt, die Gesellschaft habe ihm diese Auskünfte aber verweigert. In Bezug auf dieses Argument stellte

³ Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 3. März 2010 (150 10 0095).

⁴ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB).

⁵ BGer 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012.

⁶ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), E. 5.5.

das Kantonsgericht fest, dass die Informationsgrundlage für den Entscheid über die Ausübung des Bezugsrechts ausreichend war. Zu den durch die X-AG ihren Aktionären unterbreiteten Informationen kam die Tatsache hinzu, dass Aktionär Z die Lage der Gesellschaft aufgrund seiner Position als deren Finanzchef und Verwaltungsrat der genügend beurteilen konnte.⁷ Weiter entschied es, dass auch die Ansetzung einer kurzen Zeichnungsfrist keine Verletzung des Bezugsrechts darstellt. Die Zeichnungsfrist kann bereits vor dem Beschluss der Generalversammlung über die Kapitalerhöhung zu laufen beginnen und auch davor enden.⁸

1.3 Zur Verrechnungsliberierung mit einem Aktionärsdarlehen

Der Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrates hielt fest, dass die Liberierung des neuen Aktienkapitals durch Verrechnung mit einem Darlehen des Hauptaktionärs in der Höhe von CHF 500 000.– erfolgt ist. In Bezug darauf machte Beschwerdeführer Z geltend, dass das Aktionärsdarlehen für die Liberierung nicht hätte zur Verrechnung gebracht werden dürfen, weil dieses erstens nicht werthaltig und zweitens aufgrund des erklärten Rangrücktritts nicht fällig sei. Vorab stellt das Kantonsgericht in seinem Urteil fest, dass die Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung in Sanierungsfällen in der Lehre kontrovers diskutiert wird. Anlass der Diskussionen ist hier der besondere Umstand, dass Forderungen gegenüber einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft nicht mehr vollständig durch die Aktiven der Gesellschaft gedeckt und deshalb nicht mehr im vollen Umfang werthaltig sind. Umstritten ist insbesondere, ob das Verbot der Unterpariemission gemäss Art. 624 OR einer solchen Liberierung entgegensteht. So vertreten einige Autoren die Meinung, die Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen oder geradezu wertlosen Forderung sei unzulässig weil dadurch das neu gezeichnete Aktienkapital nicht durch frei verfügbare Mittel gedeckt sei. Die Mehrheit der Autoren⁹ ist dahingegen der Ansicht, dass bei einer überschuldeten Gesellschaft die Kapitalerhöhung mit

Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme grundsätzlich zulässig ist. Der Mehrheitsmeinung folgend entschied das Kantonsgericht, dass die fehlende¹⁰ Werthaltigkeit der Forderung kein Hindernis für die Liberierung darstellt. Obwohl hier der wirtschaftliche Wert aufgrund der unvollständigen Deckung durch die Aktiven nicht dem nominalen Wert der Forderung entspricht, reduziert sich buchmässig das Fremdkapital um den liberierten Betrag. Es genügt, dass die Liberierung die Eigenkapitalquote und das Bilanzbild aus Sicht der Gesellschaft verbessert. Auch die Verrechnungsliberierung mit einer nicht werthaltigen Forderung bewirkt die Erhöhung des Substanzwertes der Gesellschaft und der Deckungsquote für die übrigen Verbindlichkeiten. Weiter geht aus den jeweiligen Publizitätsvorschriften¹¹ klar hervor, dass die verschiedenen Liberierungsarten unterschiedlichen Regelungen unterworfen sind. Weil durch die Verrechnungsliberierung der Gesellschaft gerade keine neuen Mittel hinzugeführt werden, kann das Verbot der Unterpariemission keine Anwendung finden. Dieses gelte infolgedessen nur für die Bar- und die Sachliberierung.¹²

Auch im Fehlen der Fälligkeit sieht das Kantonsgericht kein Hindernis für die Verrechnungsliberierung. Es erinnert daran, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR lediglich die Verrechnungsforderung fällig sein muss, für die Hauptforderung hingegen die Erfüllbarkeit genügt. Vorliegend hat der Verwaltungsrat Anfang Januar 2008 beschlossen, an der ausserordentlichen Generalversammlung einen Kapitalschnitt durchzuführen. Die Liberierungsforderung wurde somit am 18. Februar 2008 fällig. Hauptforderung ist die Darlehensforderung des Mehrheitsaktionärs, die wegen des erklärten Rangrücktritts zwar nicht fällig, doch erfüllbar war. Da die Forderungen im Weiteren gegenseitig und gleichartig

⁷ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), E. 6.5.

⁸ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), E. 5.

⁹ Siehe dazu hinten Fn. 62.

¹⁰ Hier nicht im Sinne von «gänzlich fehlend», sondern vielmehr als «nicht vollkommen vorhanden» zu verstehen.

¹¹ Weil die tatsächliche Bewertung einer Einlage für die Sacheinlage und Sachübernahme bei der Gründung der Gesellschaft von Relevanz ist, verlangt Art. 635 Ziff. 1 OR, dass im Gründungsbericht Rechenschaft über deren Angemessenheit abgelegt wird. In Bezug auf die Verrechnungsliberierung verlangt Art. 635 Ziff. 2 OR indessen lediglich Rechenschaft über den Bestand und die Verrechnungbarkeit der Schuld.

¹² Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), E. 5.4.2.

waren, erachtete das Kantonsgericht die vorliegende Verrechnungsliberierung als zulässig.¹³

2. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft in seinem Entscheid zunächst die Rechtmässigkeit des Kapitalschnitts auf Null [2.1] und, weil es diese verneint, befasst es sich in einem zweiten Schritt mit den Rechtsfolgen der festgestellten Gesetzesverletzung [2.2].

2.1 Zum Sanierungszweck und Bezugsrecht bei einem Kapitalschnitt auf Null

Wie das Kantonsgericht stellt auch das Bundesgericht fest, dass ein Kapitalschnitt auf Null, der für sich genommen unter den konkreten Umständen nicht geeignet ist, die Gesellschaft wirkungsvoll zu sanieren, dennoch einen Sanierungsbeitrag leistet, falls er zusammen mit weiteren Massnahmen die Überschuldung beseitigt. Will der Verwaltungsrat also in einem solchen Fall einen Kapitalschnitt auf Null zum Zweck der Sanierung durchführen, muss er gleichzeitig weitere Sanierungsmassnahmen treffen. Der letztliche Beschluss über die Durchführung fällt in den Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung. Als Voraussetzung dafür, dass die Generalversammlung einen solchen Beschluss fassen kann, muss sie durch den Verwaltungsrat über die weiteren Massnahmen informiert werden, mit denen zusammen der Sanierungszweck erreicht werden soll. Ohne Kenntnis des Sanierungskonzepts sind die Aktionäre nicht in der Lage zu beurteilen, ob der traktandierte Kapitalschnitt auf Null einen Sanierungszweck aufweist. Hinzu kommt, dass die Aktionäre andernfalls auch keinen informierten Entscheid darüber fällen können, ob sie durch die Ausübung des Bezugsrechts weiterhin an der Gesellschaft beteiligt sein wollen. In der fehlenden Aufklärung über das Sanierungskonzept würde somit auch eine unzulässige Beschränkung des Bezugsrechts nach Art. 732a Abs. 2 OR liegen.¹⁴

Vorliegend wurden den Aktionären an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 18. Februar 2008 keine weiteren Massnahmen bekannt gegeben, welche zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige

Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung gaben. Die Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf Null mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Aktienkapitals gemäss Art. 732a Abs. 1 und 2 OR waren somit nicht gegeben.¹⁵

2.2 Zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit eines Kapitalschnitts auf Null

Da sich die am 18. Februar 2008 beschlossene «Harmonika» als rechtswidrig erwies, hatte sich das Bundesgericht, anders als die Vorinstanz, auch zu den Rechtsfolgen zu äussern. Beschwerdeführer Z beantragte in diesem Zusammenhang vor dem Bundesgericht, es sei festzustellen, dass die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung betreffend die «Harmonika» im Sinne von Art. 706b OR nichtig oder eventualiter nach Art. 706 OR ungültig seien.

Das Bundesgericht hielt vorab allgemein fest, dass nicht jeder Rechtsmangel zur Nichtigkeit des Beschlusses führt. Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken, Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken, die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen.¹⁶ Anfechtbar sind diejenigen Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen. Ein anfechtbarer Beschluss entfaltet trotz des Mangels sämtliche Rechtswirkungen und behält diese, falls er nicht erfolgreich angefochten wird. Bei einer erfolgreichen Anfechtung wird er durch Urteil rückwirkend aufgehoben und gilt ab dem Zeitpunkt der Beschlussfassung als nichtig. In Bezug auf den vorliegenden Generalversammlungsbeschluss entschied das Bundesgericht, dass die angefochtene «Harmonika» aufgrund des Verstosses gegen Art. 732a Abs. 1 OR zwar nicht nichtig, wohl aber gesetzeswidrig im Sinne von Art. 706 Abs. 1 OR sei. Der Doppelbeschluss sei deshalb rückwirkend aufzuheben.¹⁷

Unmittelbar im Anschluss an die Generalversammlung beschloss der neu zusammengesetzte Verwaltungsrat der X-AG, die Wiedererhöhung des Aktienkapitals gemäss Art. 650 Abs. 1 Satz 2 OR durchzuführen. Ein solcher Durchführungsbeschluss

¹³ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), E. 5.4.3.

¹⁴ BGer 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 3.3.3.

¹⁵ BGer 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 3.4.

¹⁶ Art. 706b Ziff. 1–3 OR.

¹⁷ BGer 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 4.1.

muss sich auf einen Kapitalerhöhungsbeschluss stützen. Indem das Bundesgericht den vorliegenden Kapitalerhöhungsbeschluss rückwirkend aufhebt, wird dem Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrates die Grundlage entzogen. Dementsprechend leidet dieser an einem schwerwiegenden Mangel und erweist sich als nichtig (Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b OR).

IV. Bemerkungen

1. Zum Kapitalschnitt

1.1 Allgemeines

Ein Kapitalschnitt oder eine «Harmonika» liegt vor, wenn das Aktienkapital einer Gesellschaft mit oder ohne Mittelabfluss herabgesetzt und um mindestens den gleichen Betrag sofort wieder erhöht wird.¹⁸ Im Rahmen einer Kapitalherabsetzung darf das Aktienkapital nur insofern das Mindestkapital¹⁹ von CHF 100 000.– unterschreiten, als es gleichzeitig durch neues, voll liberiertes Kapital in der Höhe von mindestens CHF 100 000.– ersetzt wird (Art. 732 Abs. 5 OR). Die Besonderheit eines Kapitalschnitts liegt darin, dass nicht das in Art. 732 ff. OR statuierte Verfahren zur Kapitalherabsetzung, sondern ein stark vereinfachtes Verfahren anwendbar ist (Art. 732 Abs. 1 OR). Das Verfahren der ordentlichen Kapitalerhöhung nach Art. 650 ff. OR bleibt hingegen gänzlich anwendbar.²⁰

Bei einem Kapitalschnitt muss die Gesellschaft das Aktienkapital sofort wieder um den gleichen oder einen höheren Betrag erhöhen. Erhöht sie das Aktienkapital auf einen niedrigeren als den ursprünglichen Betrag, kommt nach Art. 732 Abs. 1 OR das vereinfachte Verfahren nicht zur Anwendung: Bezweckt die Gesellschaft mit diesem Vorgehen die Beseitigung einer Unterbilanz der Gesellschaft, sind die Bestimmungen zur deklarativen Kapitalherabsetzung i.S.v. Art. 735 OR anwendbar. Soll mit ihr ein anderer Zweck verfolgt werden, richtet sich das Verfahren nach der ordentlichen Kapitalherabsetzung i.S.v. Art. 732 ff. OR.²¹

Technisch kann die Herabsetzung des Aktienkapitals erfolgen, indem entweder der Nennwert der einzelnen Aktien herabgesetzt wird oder Aktien vernichtet werden.²² Wird das Aktienkapital im Fall einer Sanierung bis auf Null («Kapitalschnitt auf Null») herabgesetzt, so sieht das Gesetz seit dem 1. Januar 2008 vor,²³ dass die Mitgliedschaftsrechte mit der Kapitalherabsetzung untergehen und die Aktien zwingend vernichtet werden müssen (Art. 732a Abs. 1 OR). Die Gesellschafterstellung in der Kapitalgesellschaft ist notwendigerweise mit einer Beteiligung am Risiko in der Höhe des zur Verfügung gestellten Kapitals verbunden. Geht dieses Risikokapital verloren, muss auch die damit verbundene Betei-

über ihren Liberierungsgrad hinaus Zuzahlungen auf ihre Aktien erbringen oder Verpflichtungen der Gesellschaft übernehmen (zur «stillen Sanierung» siehe *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 346).

¹⁸ Die Aktienrechtsrevision übernimmt im Grundsatz die geltende Regelung der gleichzeitigen Herab- und Heraufsetzung des Aktienkapitals. Eine Neuerung findet sich einzig im Hinblick auf den Grad der Liberierung: Neu ist eine Vollliberierung bei der Heraufsetzung nicht mehr zwingend nötig, da der bisherige Liberierungsgrad beibehalten werden darf (Art. 653p Abs. 1 Ziff. 2 E-OR). Nach geltendem Recht ist bei der Wiedererhöhung das Kapital gemäss Art. 732 Abs. 1 OR «voll einzubezahlen».

¹⁹ Art. 621 OR statuiert eine Sperrquote von CHF 100 000.–, um den Gläubigern ein Haftungssubstrat zu sichern.

²⁰ Erforderlich sind grundsätzlich nur ein öffentlich zu beurkundender Generalversammlungsbeschluss über die Herabsetzung und Wiedererhöhung des Aktienkapitals (Doppelbeschluss), ein Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates zur Kapitalerhöhung, die Anmeldung der Beschlüsse beim Handelsregisteramt und gegebenenfalls auch eine Statutenänderung. Stimmen alle Aktionäre zu, kann auch auf diese Formalien verzichtet werden: Wirtschaftlich wird dasselbe Resultat wie dasjenige einer «Harmonika» erreicht, indem die Aktionäre freiwillig

²¹ Weil die Kapitalherabsetzung zur Verminderung der Haftungsbasis der Gesellschaft führt, bezwecken die Bestimmungen zum Kapitalherabsetzungsverfahren insbesondere den Schutz der Gläubiger. Werden sie durch die Gesellschaft nicht eingehalten, verstösst die Kapitalherabsetzung gegen das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR (vgl. BGE 109 II 129, E. 2).

²² *Manfred Küng/Niklaus Schoch*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 21 f. Vor Art. 732–735; Eine Kombination der beiden Herabsetzungsformen ist theoretisch möglich, kommt in der Praxis jedoch kaum vor.

²³ Dies in Abweichung von der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 121 III 420). Bei diesem Entscheid ging das Bundesgericht davon aus, dass Aktionäre, die keine neuen Aktien zeichneten, weiterhin als sog. «Phantomaktionäre» weiter existieren und mindestens eine Stimme haben. Diese Aktionäre waren entgegen der Grundstruktur der Aktiengesellschaft nicht mehr am Aktienkapital beteiligt.

gung ein Ende finden.²⁴ Damit aber über dieses Verfahren keine bisherigen Aktionäre gegen ihren Willen aus der Gesellschaft gedrängt werden können, steht ihnen bei der Wiedererhöhung ein unentziehbares Bezugsrecht zu (Art. 732a Abs. 2 OR).

1.2 Kapitalschnitt mit oder ohne Mittelabfluss

Ein allfälliger aus der Kapitalherabsetzung resultierender Buchgewinn darf gemäss Art. 732 Abs. 4 OR nicht an die Aktionäre ausgeschüttet, sondern muss für Abschreibungen verwendet werden.²⁵ Grundsätzlich entsteht ein Buchgewinn dann, wenn eine Reduktion auf der Passivseite der Bilanz grösser ist als die damit zusammenhängende Verkürzung auf der Aktivseite. Mit anderen Worten entsteht hier ein Gewinn, ohne dass dieser durch die Gesellschaft erwirtschaftet worden wäre. Unter Buchgewinn i.S.v. Art. 732 Abs. 4 OR sind allerdings nicht grundsätzlich alle bei der Kapitalherabsetzung durch die Nennwertherabsetzung oder Aktienvernichtung frei werdenden Mittel zu verstehen. Unter diesen Begriff fällt bloss der buchmässige Gewinn, der dann entsteht, wenn der Rückkauf eigener Aktien zwecks Vernichtung unter pari, d.h. unter dem Nennwert, erfolgt. Die durch die Kapitalherabsetzung frei werdenden Mittel sind deshalb von dieser Bestimmung nicht generell mitumfasst. Der Herabsetzungsbetrag fällt erst darunter, wenn er nicht in vollem Umfang für die Rückzahlung an die Aktionäre oder zur Abschreibung eines Bilanzverlusts benötigt wird.²⁶ Durch entsprechenden Beschluss der Generalversammlung kann

der Herabsetzungsbetrag also auch den Aktionären ausgeschüttet werden.²⁷

Weil bei der «Harmonika» die Gläubigerschutzvorschriften grundsätzlich nicht eingehalten werden müssen, lässt sich allenfalls überlegen, ob es hier trotzdem ebenfalls zu einer Ausschüttung an die Gesellschafter kommen kann.²⁸ Die Anwendung des vereinfachten Verfahrens rechtfertigt sich aber durchaus auch dort, wo es zu einem Mittelabfluss kommt; die gleichzeitige Wiedererhöhung führt dazu, dass der Gesellschaft im Ergebnis keine Mittel entzogen werden und die Position der Gläubiger deshalb nicht verschlechtert wird. Aus diesem Grund sind die Pflichten zur Einhaltung des regulären Gläubigerschutzverfahrens und zur Erstellung eines besonderen Prüfberichts auch dann nicht erforderlich, wenn es beim Kapitalschnitt zu einem Mittelabfluss kommt.

1.3 Kapitalschnitt auf Null

Damit die Generalversammlung einen Kapitalschnitt auf Null rechtsgültig beschliessen kann, müssen die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft ist vollständig verloren (1), es liegt ein Sanierungszweck i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR vor (2) und den Altaktionären wird ein unentziehbares Bezugsrecht gewährt (3).

1.3.1 Vernichtung der Aktien als ultima ratio

Da das Gesetz beim Kapitalschnitt auf Null als Konsequenz die Vernichtung sämtlicher Aktien vorsieht, soll seine Durchführung nur insoweit möglich sein, als für die Sanierung der Gesellschaft keine mil-

²⁴ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff., 3233.

²⁵ Der Zweck dieser Norm besteht allein darin, zu verhindern, dass den Gläubigern der Gesellschaft solche Buchgewinne entzogen werden. Aus diesem Grund ist die herrschende Lehre der Ansicht, dass ein Buchgewinn alternativ auch für die Bildung von Reserven verwendet werden darf (Küng/Schoch [Fn. 22], N 35 zu Art. 732; Michel Heinzmann, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Zürich 2004, N 342 ff.). Entsprechend besagt der mit der geplanten Aktienrechtsrevision einzuführende Art. 671 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR, dass der Buchgewinn, soweit er nicht für Abschreibungen oder Rückstellungen beansprucht wird, der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen ist.

²⁶ F. Wohlfart Bürgi, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V, Zürich 1969, Art. 698–738 OR, N 39 zu Art. 732 m.w.H.

²⁷ Die Revision verschafft diesbezüglich Klarheit: Nach Art. 653n Abs. 3 E-OR hat der Generalversammlungsbeschluss anzugeben, wie die frei gewordenen Mittel verwendet werden. Sollen sie den Aktionären ausgeschüttet werden, darf die Ausschüttung gemäss Art. 653o Abs. 5 E-OR erst nach der Eintragung im Handelsregister erfolgen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Regelung in Art. 732 Abs. 4 OR wenig konsequent. Unseres Erachtens gibt es keinen sachlichen Grund, der diese Ungleichbehandlung zwischen dem aus der Kapitalherabsetzung resultierenden Buchgewinn und den dadurch frei gewordenen Mitteln rechtfertigt.

²⁸ Siehe Urs Kägi, Revision des Kapitalherabsetzungsrechts: Geplante Änderungen im Entwurf des Bundesrates und bestehender Revisionsentwurf, GesKR Sondernummer 2008, Die Grosse Aktienrechtsrevision, S. 34 m.w.H.

deren Massnahmen zu Verfügung stehen.²⁹ Dies ergibt sich unseres Erachtens aus dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung.³⁰ Tatsächlich besteht die Gefahr, dass Aktionäre, die nicht genügend Mittel aufbringen können, um von ihrem Bezugsrecht Gebrauch zu machen, aufgrund dieser Regelung aus der Gesellschaft gedrängt werden könnten. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang im «Weltwoche»-Entscheid³¹ festgehalten, dass ein Aktionär bei der Kapitalerhöhung weder ein Recht auf Beibehaltung der Höhe des Aktienkapitals noch einen Anspruch auf eine Ausgabe der Aktien zum inneren Wert hat. Jede Kapitalerhöhung, an der ein Aktionär nicht teilnimmt, führt aus seiner Sicht zu einer Stimmrechtsverwässerung. Im Fall eines Kapitalschnitts auf Null ist der Entscheid über die Ausübung des Bezugsrechts folgenswerer, weil es bei einem Verzicht nicht bloss zu einer Verwässerung der Beteiligung kommt, sondern zu einem gänzlichen Untergang derselbigen.³²

Der Kapitalschnitt mittels Nennwertreduktion stellt im Verhältnis zum Kapitalschnitt auf Null eine mildere Massnahme dar.³³ Bei einem solchen muss allerdings der Mindestnennwert von einem Rappen

beachtet werden (Art. 622 Abs. 4 OR).³⁴ Ist selbst dieser Nennwert nicht mehr durch die Aktiven gedeckt, erweist sich eine Vernichtung der bisherigen Aktien gemäss Botschaft als zwingend.³⁵ Aufgrund seiner Subsidiarität ist ein Kapitalschnitt auf Null also nur in denjenigen Fällen möglich, bei denen das Aktienkapital einer Gesellschaft «nach einer objektiven Beurteilung vollständig verloren» ist.³⁶ Sollte er durchgeführt werden, obwohl die Eigenkapitalbasis nicht vollständig verloren ist, dürfte der betreffende Generalversammlungsbeschluss – ebenso wie beim Fehlen des Sanierungszwecks (siehe hinten IV.2) – anfechtbar i.S.v. Art. 706 OR sein.³⁷

1.3.2 Sanierungszweck im Sinne von Art. 732a Abs. 1 OR

Der Anwendungsbereich des Kapitalschnitts auf Null ist im Weiteren dahingehend eingeschränkt, als er nur bei Vorliegen eines Sanierungszwecks i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR durchgeführt werden darf. Dient der Kapitalschnitt nicht der Sanierung, so kann die Vernichtung der Aktien nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionäre erfolgen.³⁸ Eine wesentliche Bedeutung des vorliegenden Bundesgerichtsentscheides liegt darin, dass erstmals der Begriff des «Sanierungszwecks» konkretisiert wird.³⁹

²⁹ So auch *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 387 zu § 2 und *Küng/Schoch* [Fn. 22], N 4 zu Art. 732a.

³⁰ Zum Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [Fn. 20], § 39 N 97 ff., und *Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 24 ff. zu Art. 652c OR, BGE 99 II 55.

³¹ Obwohl dies keine wünschenswerte Situation ist, kann sie – unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen – im Interesse der Erhaltung des Unternehmens und der damit verbundenen Arbeitsplätze akzeptiert werden. Auch für die Aktionäre ist sie zumutbar, da sie regelmässig die einzige Alternative gegenüber der Konkursöffnung darstellt und dabei für die Aktionäre ohnehin keine Aussichten auf einen Konkurslös bestehen. Ein Konkurslös der Aktionäre ist allenfalls denkbar, wenn eine Gesellschaft aufgrund von Liquiditätsproblemen in Konkurs fällt. Als Voraussetzung dafür, dass ein Kapitalschnitt auf Null überhaupt möglich ist, muss die Gesellschaft aber bereits sanierungsbedürftig sein. Im Fall eines Kapitalschnitts auf Null ist es deshalb wahrscheinlich, dass die Aktionäre im Konkurs leer ausgehen würden.

³² Bei diesem Verfahren wird das Aktienkapital nicht ganz bis auf Null, sondern auf einen darüber liegenden Betrag herabgesetzt (siehe hinten IV.2).

³⁴ Mit der geplanten Revision des Aktienrechts kommt es in diesem Zusammenhang zu einer geringfügigen Erleichterung, indem der Mindestnennwert pro Aktie von einem Rappen abgeschafft und auch Bruchteile von Rappen als Nennwert zugelassen werden sollen (Art. 622 Abs. 4 E-OR).

³⁵ Botschaft 2001 (Fn. 24), 3234.

³⁶ Botschaft 2001 (Fn. 24), 3233; a.M. *Lukas Glanzmann*, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 88/2007, 81.

³⁷ So auch *Küng/Schoch* (Fn. 22), N 4 zu Art. 732a.

³⁸ Gemäss Botschaft des Bundesrates würde das Vorgehen andernfalls eine Enteignung darstellen und gegen den verfassungsmässigen Schutz des Eigentums (Art. 26 BV) verstossen (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht] vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1651 f.). Eine Enteignung besteht darin, dass ein Vermögenswert entzogen wird. Ist der ursprüngliche Kapitaleinsatz eines Aktionärs gänzlich verloren, besteht kein Kapital mehr, das entzogen werden könnte. Eine Enteignung der Aktionäre zugunsten eines Dritten ist hier ausgeschlossen, da nichts mehr vorhanden ist, was auf diesen übertragen werden könnte.

³⁹ Obwohl die beiden unteren Instanzen in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Sanierungseignung und

Zunächst wurde von allen Instanzen anerkannt, dass das Vorliegen einer Sanierungsbedürftigkeit allein einen Kapitalschnitt auf Null noch nicht per se zu einer Massnahme mit Sanierungszweck macht. Die Lehre knüpft, soweit ersichtlich einhellig, an den Sanierungsbegriff aus Art. 725 und 725a OR an und verlangt, dass ein Kapitalschnitt auf Null im Zuge einer solchen Sanierung durchgeführt wird.⁴⁰ Gemäss Bundesgericht kommen für eine Sanierung alle Massnahmen in Betracht, mit denen die finanzielle Gesundung der Gesellschaft bezweckt wird.⁴¹ Regelmässig geht es somit darum, eine Unterbilanz oder eine Überschuldung der Gesellschaft zu beseitigen. Im vorliegenden Sachverhalt war aus dem provisorischen Jahresabschluss und den früheren Unternehmenskennzahlen ersichtlich, dass die Gesellschaft überschuldet war. Bei einer Überschuldung besteht das kurzfristige Ziel von Sanierungsmassnahmen darin, die Gesellschaft mindestens in einen solchen Zustand zu versetzen, dass die Anrufung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR unabhängig von allfälligen Rücktrittserklärungen vermieden werden kann. Auf dieses Minimalziel muss der Kapitalschnitt auf Null gemäss Bundesgericht ausgerichtet sein, damit er einen Sanierungszweck aufweist.⁴²

Führt der Kapitalschnitt als isolierte Massnahme bereits dazu, dass die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt wird, ist das Ziel erreicht, resp. ein Sanierungszweck gegeben. Vermag die Kapitalerhöhung allein die Überschuldung aber noch nicht zu

beseitigen, kann ein Kapitalschnitt auf Null dennoch einen Sanierungszweck i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR aufweisen, falls er zusammen mit weiteren Massnahmen⁴³ zur Sanierung der Gesellschaft führt.⁴⁴ Das Bundesgericht hält deshalb im vorliegenden Entscheid fest, dass ein Verwaltungsrat, der einen Kapitalschnitt auf Null zum Zwecke einer Sanierung durchführen will, dafür sorgen muss, dass diese entweder die Überschuldung beseitigt oder alternativ gleichzeitig weitere Massnahmen vorzusehen hat, die zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft geben.⁴⁵ Im letzteren Fall muss er die Generalversammlung über das Sanierungskonzept informieren.⁴⁶ Diese kann ohne Kenntnis vom gesamten Massnahmenpaket keinen Kapitalschnitt auf Null beschliessen und nicht über die Ausübung des Bezugsrechts entscheiden.

Diese weite Auslegung des «Sanierungszwecks» durch das Bundesgericht ist aufgrund des erhöhten Schutzbedürfnisses der Aktionäre im Fall einer Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung sachgerecht.⁴⁷ Beim ordentlichen Kapitalherabsetzungsverfahren hat gemäss Art. 732 Abs. 2 OR ein zugelassener Revisionsexperte in einem besonderen Prüfungsbericht zu bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind. Zudem muss der Revisionsexperte an der Generalversammlung anwesend sein. Weil diese Bestimmung im vereinfachten Verfahren der Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung nicht anwendbar ist, haben die Aktionäre

damit auch den Sanierungszweck des Kapitalschnitts bejaht haben, kam das Bundesgericht anschliessend zu einem anderen Ergebnis.

⁴⁰ Siehe bspw. *Böckli* (Fn. 29), § 2 N 388. In der Lehre lassen sich unterschiedliche Definitionen zur Sanierung finden. So werden unter einer Sanierung etwa «Massnahmen finanzieller und organisatorischer Natur zur Beseitigung einer finanziellen Krise mit dem Ziel, die Ertragskraft der Gesellschaft wieder herzustellen und die Unterbilanz sofort oder mittelfristig zu beseitigen» verstanden (*Hanspeter Wüstiner*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 10 zu Art. 725 OR).

⁴¹ BGE 121 III 420, E. 2b m.w.H.

⁴² BGE 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 3.3.1; weil unter dem Begriff der Sanierungsmassnahme im Grundsatz alle Vorkehrungen verstanden werden, die auf die Gesundung der Gesellschaft abzielen, sollte sich ein Verwaltungsrat, der einen Kapitalschnitt auf Null durchführen will, letztlich nicht mit dem vom Bundesgericht geforderten Minimalziel begnügen, sondern die darüber hinausgehende Sanierung der Gesellschaft herbeiführen.

⁴³ Dem Verwaltungsrat obliegt die Vorbereitung der erforderlichen Sanierungsmassnahmen (*Wüstiner* [Fn. 40], N 28 zu Art. 725 OR).

⁴⁴ Der Richter muss gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann nicht angerufen werden, wenn umgehend Massnahmen für eine konkrete Sanierung ergriffen werden, deren Erfolgsaussichten ernsthaft erscheinen (BGE 132 III 564, E. 5.1 m.w.H.).

⁴⁵ Zum Ganzen BGE 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 3.3.2 und E. 3.3.3.

⁴⁶ In der Praxis erfolgt die Herabsetzung und Wiedererhöhung des Kapitals üblicherweise gleichzeitig in einem Doppelbeschluss und somit auch in einer einzigen öffentlichen Urkunde (*Küng/Schoch* [Fn. 22], N 53 Vor Art. 732–735 OR). Die Zuständigkeit der GV für den Doppelbeschluss ergibt sich aus Art. 650 Abs. 1 OR.

⁴⁷ Kritisch: *Sébastien Bettschart*, *Procédure d'accordéon dans le cadre d'un assainissement*, in: *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide*, publiziert am 2. Mai 2012.

keine Möglichkeit, sich an der Generalversammlung bei einem unabhängigen Sachverständigen über die Vorhaben des Verwaltungsrats zu informieren. Macht der Verwaltungsrat geltend, seine vorgeschlagenen Massnahmen seien die einzige Möglichkeit zur Rettung der Gesellschaft, besteht die Gefahr, dass Aktionäre sich zu einem Entschluss über eine wichtige Frage mit ungenügender Entscheidungsgrundlage gedrängt fühlen.⁴⁸

1.3.3 Unentziehbares Bezugsrecht

Bei einem Kapitalschnitt auf Null steht den bisherigen Aktionären von Gesetzes wegen ein unentziehbares Bezugsrecht zu. Im vorliegenden Sachverhalt hat nur der bisherige Mehrheitsaktionär innert Frist von seinem Bezugsrecht Gebrauch gemacht. Weil das Aktienkapital wieder auf den bisherigen Stand erhöht werden muss, wurden ihm auch die übrigen Aktien zur Zeichnung angeboten. Dem Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrates ist zu entnehmen, dass der Mehrheitsaktionär auch die restlichen Aktien gezeichnet und für die Liberierung des Gesamtbetrages eine Darlehensforderung zur Verrechnung gebracht hat.

Damit sich nicht erst am Tag der Generalversammlung entscheidet, ob die bisherigen Aktionäre von ihrem Bezugsrecht Gebrauch machen und der geplante Kapitalschnitt tatsächlich auch durchgeführt werden kann, steht es dem Verwaltungsrat frei, den Beginn und das Ende der Zeichnungsfrist bereits vor dem Datum der Generalversammlung anzusetzen. Im vorliegenden Fall wurde den Aktionären am 29. Januar 2008 der Zeichnungsschein zugestellt. Zur Begründung wurde im Begleitschreiben angeführt, dass zwecks Durchführung der Kapitalerhöhung anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 18. Februar bis zum 8. Februar 2008 feststehen müsse, wer in welchem Umfang von seinem Bezugsrecht Gebrauch mache.⁴⁹

Das Bundesgericht führt in seinem Urteil aus, dass die Aktionäre ohne vorgängige Aufklärung über das Sanierungskonzept keinen informierten Entscheid über die Ausübung ihres Bezugsrechts fällen können. Konsequenterweise hätte also im Urteil geprüft werden müssen, ob die Aktionäre über entspre-

chende Informationen schon vor dem 8. Februar 2008 und nicht erst an der ausserordentlichen Generalversammlung verfügten. Da der Beschwerdeführer Z auch eine Verletzung seines Bezugsrechts geltend macht, hätte das folgerichtige Ergebnis in der Feststellung einer unzulässigen Beschränkung des Bezugsrechts nach Art. 732a Abs. 2 OR bereits vor der eigentlichen Beschlussfassung über die «Harmonika» bestanden.

Weiter sei angemerkt, dass sich das unentziehbare Bezugsrecht in der Praxis bisweilen als Erschwernis für eine rasche Sanierung der Gesellschaft auswirken kann. Es kommt vor, dass die bestehenden Aktionäre nicht gänzlich das neue Kapital aufbringen wollen oder können. Falls sich in einer solchen Sachlage ein potenzieller Neuaktionär finden lässt, der sich nur unter der Bedingung zur Zeichnung der neuen Aktien bereit erklärt, dass die bisherigen Aktionäre nicht weiter beteiligt sind, steht das unentziehbare und nicht einschränkbare⁵⁰ Bezugsrecht diesem Vorhaben im Wege. Ein einziger Aktionär könnte eine solche Sanierung der Gesellschaft vereiteln, indem er von seinem Bezugsrecht gänzlich oder teilweise Gebrauch macht. Sollten sich die involvierten Personen nicht über eine für alle annehmbare Lösung einigen können, hat der Verwaltungsrat die Pflicht, umgehend alternative Sanierungsmassnahmen zu erwägen oder den Richter nach Art. 725 Abs. 2 OR zu benachrichtigen.⁵¹

1.4 Kapitalschnitt auf einen Betrag «höher als» Null

Ist bei einer Gesellschaft das Aktienkapital noch nicht vollständig verloren, kann ein Kapitalschnitt dadurch erfolgen, dass das Aktienkapital mittels Nennwertreduktion auf einen Betrag «höher als» Null herabgesetzt wird.⁵² Sind an der anschliessenden Wiedererhöhung des Aktienkapitals ausschliesslich die ursprünglichen Aktionäre beteiligt, behalten die bestehenden Aktien ihren Nennwert. Wird das neue Kapital aber gänzlich oder teilweise durch Neuaktionäre eingeschossen, muss die Gesellschaft diesen neue Aktien ausgeben. Nach Art. 692 Abs. 3 OR

⁴⁸ Siehe dazu *Heinzmann* (Fn. 25), N 522.

⁴⁹ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 18. Januar 2011 (100 10 688/BIB), Sachverhalt und E. 6.

⁵⁰ BGer 4A_288/2011 vom 13. Februar 2012, E. 3.3.3 letzter Satz.

⁵¹ *Böckli* (Fn. 29), § 2 N 391.

⁵² Alternativ kann die Gesellschaft das Kapital auch herabsetzen, indem sie Aktien zurückkauft und diese dann vernichtet.

kann das Stimmrecht der alten Aktien ihrem ursprünglichen Nennwert entsprechend beibehalten werden. Dadurch entstehen sog. «Sanierungsaktien» mit einem überproportionalen Stimmrecht im Verhältnis zu den neuen Aktien.⁵³

Das Gesetz sieht die Möglichkeit zur Unterschreitung des Mindestkapitals nach Art. 621 OR für eine «logische Sekunde» erst vor, seitdem Art. 732 Abs. 5 OR im Zuge der GmbH-Revision neu redigiert wurde. Vor Inkrafttreten der Fassung vom 1. Januar 2008 hielt die Bestimmung fest, dass das Aktienkapital in keinem Fall unter die Schwelle von CHF 100 000.– herabgesetzt werden darf.⁵⁴ Um einen grammatikalischen Widerspruch mit dem ebenfalls im Zuge der besagten Revision neu eingeführten Art. 732a OR zu vermeiden, wurde der Wortlaut von Art. 732 Abs. 5 OR angepasst.⁵⁵ Bei einem Kapitalschnitt «höher als» Null sind die Einschränkungen von Art. 732a OR nicht anwendbar, mit anderen Worten braucht es hier weder einen Sanierungszweck⁵⁶ noch steht den Aktionären ein unentziehbares Bezugsrecht⁵⁷ zu. Nach dem Wortlaut von Art. 732 Abs. 5 OR darf dennoch auch bei einem solchen Kapitalschnitt das Mindestkapital nach Art. 621 OR für eine «logische Sekunde» unterschritten werden.

2. Zur Rechtsfolge eines fehlenden Sanierungszwecks

Das Handelsregister hat die Eintragung des Kapitalschnitts der X-AG auf Null nicht von sich aus verweigert, sondern Z eine Frist angesetzt, um beim Bezirksgericht vorsorgliche Massnahmen zu beantragen.

Bei einer Anmeldung hat das Handelsregister grundsätzlich zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Eintragung erfüllt sind (Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 28 HRegV). Die Prüfung der Gesetzmässigkeit bezieht sich einerseits unbeschränkt auf die formellen und die registerrechtlichen Voraussetzungen.⁵⁸ Andererseits besteht in Bezug auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen eine beschränkte Kognition: Hier schreitet der Registerführer nur ein, falls ein Eintrag offensichtlich rechtswidrig ist oder falls zwingendes Recht verletzt wird, das zur Wahrung öffentlicher Interessen oder Interessen Dritter erlassen wurde.⁵⁹ Das Erfordernis eines Sanierungszwecks eines Kapitalschnitts nach Art. 732a OR dient ausschliesslich dem Schutz der direkt Beteiligten, d.h. der Aktionäre, und nicht dem Schutz der Gläubiger oder anderer Dritter. Somit fällt diese Frage nicht in die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers und es ist Sache des Gerichts, zu entscheiden, ob ein Sanierungszweck vorliegt oder nicht.⁶⁰

In der Folge ist Z mit seinem Antrag an die ordentlichen Gerichte gelangt. Vor diesen stellte er das Begehren, es sei festzustellen, dass die an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 18. Februar 2008 gefassten Beschlüsse betreffend Kapitalherabsetzung und Wiedererhöhung nichtig oder eventualiter kraft Anfechtung ungültig seien. Nichtigkeit bedeutet, dass der Beschluss von vornherein und definitiv keine Rechtswirkungen entfaltet. Ein anfechtbarer Beschluss entfaltet trotz des Mangels sämtliche Rechtswirkungen und behält diese bis zum Zeitpunkt der erfolgreichen Anfechtung.⁶¹ Das Bundesgericht hat diesbezüglich richtigerweise entschieden, dass das Fehlen eines Sanierungszwecks mittels Anfechtungsklage geltend gemacht werden kann und keinen Nichtigkeitsgrund darstellt.

⁵³ Dieses Ausnahmeprivileg lässt sich sachlich kaum rechtfertigen. Die Bestimmung soll deshalb im Zuge der geplanten Revision des Aktienrechts aus dem Gesetz gestrichen werden (Botschaft 2007 [Fn. 38], 1669 f.)

⁵⁴ Anderer Meinung trotz des klaren gegenteiligen Wortlauts der alten Fassung von Art. 732 Abs. 5 OR *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 20), § 53 N 336.

⁵⁵ «Dieser [der alte] Wortlaut steht im Widerspruch zur Zulässigkeit der Herabsetzung auf null im Rahmen einer Sanierung, sofern das Kapital verbunden mit der Herabsetzung wieder erhöht wird.» (Botschaft 2001 [Fn. 24], 3233).

⁵⁶ Die Sanierungssituation ist hier grundsätzlich keine Voraussetzung, m.a.W. liegt ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vor (*Kägi* [Fn. 28], 34).

⁵⁷ So ist der Ausschluss des Bezugsrechts etwa erforderlich, damit eine sog. Splitting-Fusion durchgeführt werden kann (siehe dazu *Rolf H. Weber*, Splitting-Fusion in der Praxis, SZW 1993, 172; *Glanzmann* [Fn. 36], 81).

⁵⁸ Diese sind vorliegend in Art. 57 HRegV geregelt.

⁵⁹ Zur Kognition des Handelsregisterführers *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, S. 151 f.

⁶⁰ Dazu *Kägi*: «Eine weitergehende Kognition der Handelsregisterbehörden könnte Sanierungen verhindern, da gerade in solchen Situationen ein rasches Handeln und dementsprechend eine schnelle Eintragung oft nötig ist.» (*Kägi* [Fn. 28], 35 in Fn. 133).

⁶¹ Bei erfolgreicher Anfechtung werden sie durch das Gericht rückwirkend aufgehoben (vgl. zum Ganzen *Bertrand G. Schott*, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009, S. 4 f.).

3. Zur Verrechnungsliberierung

3.1 Kein Erfordernis der Werthaltigkeit

Der Entscheid des Kantonsgerichts, auch nicht werthaltige Forderungen zum Nominalwert zur Verrechnungsliberierung zuzulassen, ist aus unserer Sicht sachgerecht. Obwohl diese Frage unter der geltenden Rechtslage in der Praxis und in der Lehre⁶² umstritten ist, sprechen schlüssige Argumente gegen das Werthaltigkeitserfordernis. Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass weder der Gläubiger noch der Aktionärsschutz die Beschränkung der Verrechnungsliberierung auf werthaltige Gegenforderungen gebieten. Sie profitieren auch dann von einer Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital, wenn die Gesellschaft vor der Umwandlung überschuldet ist.⁶³ Weiter wird es in der Praxis kaum je möglich sein, die tatsächliche Werthaltigkeit einer Forderung gegen eine sanierungsbedürftige Gesellschaft abschliessend zu beurteilen. Es erscheint deshalb aus wirtschaftlicher Sicht sinnvoll, die Verrechnungsliberierung auch im Fall einer Sanierung zuzulassen.

Mindestens auf kantonaler Ebene erging nun ein Leitentscheid, der die Verrechnungsliberierung mit nicht werthaltigen Forderungen stützt. Zusätzlich wäre eine Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit diesem Thema zu begrüssen gewesen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Bundesgericht mit seinem Stillschweigen implizit zu erkennen gibt, dass es die Ansicht der Vorinstanz teilt.⁶⁴ Es liegt die Vermutung nahe, dass sich das Bundesgericht expli-

zit zur Werthaltigkeit geäussert hätte, falls es in dieser Hinsicht anderer Meinung als das Kantonsgericht gewesen wäre. Ausserdem hätte es mit einer Argumentation für das Werthaltigkeitserfordernis auf einem einfacheren Weg dasselbe Endergebnis herleiten können. Möglicherweise hat das Bundesgericht die Frage nicht selbst behandelt, weil sie Gegenstand der Aktienrechtsrevision ist und sich somit derzeit der Gesetzgeber damit zu beschäftigen hat. Infolge der Revision soll neu auf Gesetzesstufe festgehalten werden, dass für die Verrechnungsliberierung im Falle einer Sanierung das Werthaltigkeitserfordernis nicht gilt (Art. 634b Abs. 2 E-OR).⁶⁵ Das neue Recht führt im Weiteren zu einer Verbesserung der Transparenz zugunsten der Gläubiger und Investoren, indem die Verrechnung sowohl in den Statuten als auch im Handelsregister angegeben werden muss (Art. 634b Abs. 3 und 4 E-OR).⁶⁶

3.2 Gleichbehandlung der Aktionäre

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 717 Abs. 2 OR die Pflicht, Aktionäre unter den gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft besteht diese Gleichbehandlungspflicht ausserhalb des Konkurses grundsätzlich nicht.⁶⁷ Kann ein Aktionär seine nicht werthaltige Forderung für die Liberierung zur Verrechnung bringen, während ein anderer Aktionär bar liberieren muss, stellt sich die Frage, ob hierin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots zu erblicken ist. Den einen Aktionär kommt die Liberierung wirtschaftlich viel teurer zu stehen als den anderen Aktionär, der keine ausstehende Forderung gegenüber der Gesellschaft hat.

⁶² Ein Überblick hierzu findet sich bei *Rainer Baisch/Rolf H. Weber*, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme – Verbot der Einlagerückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungsliberierung, SZW 2011, 420 (insbesondere in Fn. 28), 426 ff.

⁶³ Beachte in diesem Zusammenhang auch die Diskussionen in der Lehre über die Einführung eines deutschen Instituts betreffend Sanierungsdarlehen (zum Ganzen *Böckli* [Fn. 29], § 13 N 779 ff. m.w.H.). Gemäss diesem Institut wird Aktionären, welche der Gesellschaft vor deren Konkurseröffnung ein Darlehen gewährt haben, die Gläubigerqualität in Bezug auf dieses Darlehen versagt. Die Kollokation dieser Forderung wird dadurch verhindert, dass das Darlehen in Eigenkapital umqualifiziert wird. So gesehen geschieht hier etwas Ähnliches von Gesetzes wegen und unfreiwillig, was bei der Verrechnungsliberierung auf Initiative des Aktionärs selbst bewirkt wird.

⁶⁴ So auch *Bettschart* (Fn. 47), N 39.

⁶⁵ Diese Lösung war auch in der Vernehmlassung nicht unumstritten (siehe dazu Ergebnisbericht betreffend die Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom Februar 2007, S. 11).

⁶⁶ Als zusätzliche Neuerung soll für die Beschlussfassung der Generalversammlung nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR eine qualifizierte Mehrheit verlangt werden.

⁶⁷ BGE 136 III 247, E. 2: Durch die paulianischen Anfechtungsklagen wird das Gleichbehandlungsgebot ausnahmsweise vor den Konkurs vorverlagert. Für einen weiten Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebots: *Rolf Watter/Katja Roth Pellanda*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 22 zu Art. 717.

Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid festgehalten, dass sich die Frage des Gleichbehandlungsgebots dort nicht stellt, wo ein Aktionär gegenüber der Gesellschaft als Dritter und nicht in seiner Funktion als Aktionär auftritt. Bei der Kapitalerhöhung besteht nach Art. 652b Abs. 2 OR die Möglichkeit, das Bezugsrecht aus wichtigen Gründen auszuschliessen. Wird das Bezugsrecht entzogen, um die Gesellschaft mit einer Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital zu sanieren, stellt sich im Fall der Verrechnungsliberierung das Problem der Gleichbehandlung nicht. Ein Gläubiger, der allenfalls zufällig bereits Aktionär der Gesellschaft ist, handelt in seiner Eigenschaft als Gläubiger und nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär.

Wird das Bezugsrecht hingegen nicht entzogen und zeichnet ein Aktionär in Ausübung des Bezugsrechts die Aktien, tut er dies in seiner Funktion als Aktionär der Gesellschaft. In diesem Sinn ist das Gleichbehandlungsgebot durch die Liberierung tangiert. Unseres Erachtens lässt sich in einem solchen Fall die hinsichtlich des Bezugsrechtsentzugs vorgenommene Wertung des Gesetzgebers analog auf Art. 717 Abs. 2 OR übertragen. In Art. 652b Abs. 2 OR statuiert der Gesetzgeber, dass das Vorliegen eines wichtigen Grundes den Entzug des Bezugsrechts und damit eine Ungleichbehandlung von Aktionären rechtfertigt. Weil die Sanierung der Gesellschaft einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 652b Abs. 2 OR darstellt, dürfte sich auch bei der Liberierung die Ungleichbehandlung als problemlos herausstellen.

Erfolgen Zeichnung und Liberierung im Rahmen eines Kapitalschnitts auf Null, lässt sich indessen das Bezugsrecht selbst bei Vorliegen von wichtigen Gründen nicht einschränken. In diesem Fall sollte dem Verwaltungsrat hinsichtlich der Frage, was im Interesse der Gesellschaft liegt, ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden. Grundsätzlich kann der mit dem Kapitalschnitt verfolgte Sanierungszweck eine Ungleichbehandlung von Altaktionären zu einem gewissen Grad rechtfertigen. Allerdings sollte der Verwaltungsrat bei der konkreten Ausgestaltung des Kapitalschnitts, insbesondere im Hinblick auf die Ansetzung des Ausgabepreises,⁶⁸ da-

rauf achten, dass es zu keiner unbilligen einseitigen Bevorzugung von verrechnenden Aktionären im Verhältnis zu barliberierenden Aktionären kommt.

Hinzu kommt, dass es sich bei den Forderungen eines Altaktionärs gegenüber der Gesellschaft häufig um sog. Sanierungsdarlehen handeln dürfte, d.h. um Mittel, die im Hinblick auf oder im Wissen um eine kritische Finanzlage der Gesellschaft gewährt wurden. Durch sie konnte eine Weiterführung des Geschäftsbetriebs dank vorübergehender Sicherung der Liquidität⁶⁹ oft erst ermöglicht werden. Weil die Gewährung solcher Mittel rechtspolitisch erwünscht ist,⁷⁰ erscheint es sachgerecht, sie bei einer Sanierung mittels Kapitalschnitt zum nominalen Wert zur Verrechnung zuzulassen. Würde die Verrechnung zum nominalen Wert verboten, könnte dies zur Folge haben, dass solche Darlehen mit grösserer Zurückhaltung gewährt werden. Auch aus diesem Grund ist es angemessen, in der Frage der Verrechnungsliberierung auf die Relativität des Gleichbehandlungsgebots abzustellen und die Beantwortung im Sinne eines Geschäftsführungsentscheids unter Vornahme einer Interessenabwägung dem Verwaltungsrat zu überlassen.⁷¹

Die Problematik des Gleichbehandlungsverbots stellt sich unabhängig von der Frage, ob eine Nachliberierungspflicht bestehen könnte. Eine Verrechnung zum wirtschaftlichen Wert stellt stets eine vollständige Liberierung dar; das Problem der Gleichbehandlung könnte sich allenfalls höchstens im Rahmen einer Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates stellen.

V. Fazit

Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Kapitalschnitt auf Null immer zu einer Verbesserung der finanziellen Situation einer Gesellschaft führt; auf-

⁶⁸ Je höher der Ausgabepreis angesetzt wird, desto proportional höher ist das Delta zwischen dem wirtschaftlichen Wert der für die Liberierung aufgewendeten Barmittel und dem wirtschaftlichen Wert der zur Verrechnung gebrachten Forderung.

⁶⁹ *Andrea Galliker/Hans Caspar von der Crone*, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW 2008, 611.

⁷⁰ Vgl. Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, S. 29 abrufbar unter: <www.bj.admin.ch> (besucht am 1. Mai 2012) und die Privilegierung im Rahmen einer Absichtsanfechtung gemäss BGE 134 III 452, E. 2–8.

⁷¹ Im Übrigen ist es nicht nur im Hinblick auf die Gleichbehandlung bei der Liberierung, sondern ganz allgemein fraglich, inwieweit die Stellung eines Altaktionärs noch geschützt werden soll, falls die Kapitalbasis der Gesellschaft und damit auch dessen ursprünglicher Kapitaleinsatz vollständig verloren ist.

grund der gleichzeitigen Wiedererhöhung des Kapitals leistet er stets einen gewissen Beitrag, das Ziel der Sanierung zu erreichen. Ein Sanierungszweck i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR geht aber über das Erfordernis eines blossen Beitrags zur Erreichung des Sanierungsziels hinaus. Damit ein Kapitalschnitt auf Null einen solchen aufweist, soll er entweder direkt als isolierte Massnahme oder andernfalls im Verbund mit anderen Massnahmen zur Beseitigung der Überschuldung der Gesellschaft führen. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil klargestellt, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen muss, dass dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wird.

Weil die Entscheidungskompetenz zur Durchführung eines Kapitalschnitts auf Null bei der Generalversammlung liegt, muss sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung über das Sanierungskonzept im Bild sein. Die Aktionäre sind die Kapitalgeber und die Eigentümer der Gesellschaft. Sie müssen sich in die Lage versetzt sehen, einen informierten Entscheid über ihre weitere Partizipation an der Gesellschaft fällen zu können. Ansonsten könnte ein an der Geschäftsführung beteiligter Aktionär mit einem Informationsvorsprung in Bezug auf die weitere Entwicklung der Gesellschaft den Kapitalschnitt auf Null dazu missbrauchen, andere Aktionäre unter Druck zu setzen. Wird das Bezugsrecht bei einem Kapitalschnitt auf Null nicht wahrgenommen, kommt es nicht wie bei einer einfachen Kapitalerhöhung zu einer blossen Kapitalverwässerung, sondern aufgrund der Vernichtung der Papiere zum gänzlichen

Ausscheiden aus der Gesellschaft. Dieses erfolgt de facto unfreiwillig, falls diejenigen Aktionäre, die von ihrem Bezugsrecht nicht Gebrauch machen, anders entschieden hätten, wären sie über das Sanierungskonzept informiert gewesen. Entschliesst sich der Verwaltungsrat, die Zeichnungsfrist bereits vor Durchführung der Generalversammlung anzusetzen und ablaufen zu lassen, muss er die Aktionäre bereits vor deren Ausübung des Bezugsrechts entsprechend informieren.

Hinsichtlich der Frage zum Werthaltigkeitserfordernis bei der Verrechnungsliberierung ist zumindest auf kantonaler Ebene ein Leitentscheid ergangen. Das Ergebnis wurde wohl implizit auch durch das Bundesgericht bestätigt, indem es das Urteil der Vorinstanz nicht infrage gestellt hat. Der Verzicht auf das Werthaltigkeitserfordernis macht im Besonderen auch dann Sinn, wenn er vor dem Hintergrund des vorliegenden Entscheids zum Sanierungszweck i.S.v. Art. 732a Abs. 1 OR betrachtet wird. Ist bei einer Gesellschaft das Aktienkapital gänzlich verloren, fehlt die Werthaltigkeit von Forderungen gegenüber dieser Gesellschaft nahezu vollständig. Fasst in einem solchen Fall die Generalversammlung den Beschluss, einen Kapitalschnitt auf Null mit einer Verrechnungsliberierung durchzuführen, haben die übrigen Gesellschaftsgläubiger die Sicherheit, dass es nicht bei einer blossen Umschichtung auf der Passivseite der Bilanz bleibt, sondern die Verrechnungsliberierung im Rahmen eines tragfähigen Sanierungskonzepts erfolgt.